18°

SEÑOR PRESIDENTE.



Obre la recusacion del Juez de Alzadas del Consulado de la Ciudad de Sevilla, que pende ante V.S. para que declarandole por legitimas las causas, que la motivan, se remueva del conocimiento del Pleyto, que en tercera instancia ha passado ante dicho Juez; por aver revocado en la segunda, con notoria passion la sentencia del Prior, y Consules; se han exitado tres dudas por el Abogado, que ha defendido â esta parte; â el examen de las quales se reducirán los discursos deste papel para que se reconozca quan justificada ha sido la recusacion.

La 1. resulta de avearle parecido â dicho Abogado, que no podia recusarse el dicho Juez de Alzadas.

La 2. que las causas expressadas para dicha recusacion, caso que tubiesse lugar, no eran suficientes para fundarla.

La 3. consiste en poner en question, ante quien debia proponerse dicha recusacion; y que avia de ser ante el mismo Juez recusado.

I. DVDA.

1\. ES cierto señor, que no se encuentra razon legitima, que pudiesse motivar esta duda: Porque no ay Juez, por supremo que sea, que se halle exceptuado præter Papam, Imperatorem, & Regem; segun la *l. apertissimi*, 14. *C. de iud. cap.* 4. *de ofi. iud. delegat in* 6. *cap.* 2. *de apellat. in* 6. *& l. fin. tit.* 10. *p.* 3. *Glos. in cap. cum speciali*, 61. *de apellat. verbo: de recusationis.* Pacian. *cons.* 18 *à n.* 1. *& lib.* 2. *de probat. cap.* 45. *à n.* 1. Rodriguez, *de modo exam. processum, cap.* 10. *num.* 39. el señor Solorç. *de iur. Indiar. cap.* 8. *num.* 51. y el señor Salzedo, *ad novas leg. recop. in l.* 20. *tit.* 10. *lib.* 2. *num.* 6. *Pag. mihi* 87.

2\. La razon es; porque la recusacion es vna defensa contra la injusticia del Juez recusado, y muy conforme al derecho natural, que no se puede excluir, *ex cap. quia suspecti.* §. *nam quodã modo* 3. *q.* 5. ibi: *Nam quodam modo naturale est suspectorum iudicum incidias declinare, & inimicorum iudicium velle refugere*: como lo dixeron, y fundaron, Rod. *d. cap.* 10. *num.* 38. *&* 69. y el señor Solorçano, *d. lib.* 4. *cap.* 8. *n.* 50.

3\. Ni se pudo motivar la duda de la forma de proceder en

 di-

dicho Consulado, que debe ser ex bono, & æquo, *segun estilo de Mercaderes*; *la verdad savida, y la buena fee guardada, sin libelos, ni escritos de malicia, plazos, ni dilaciones de Abogados*; aunque para las determinaciones de Justicia se deben consultar, segun lo dispone vna ley de la recopilacion de las Indias, y en la misma està todo ello ordenado por la *l.22. y la l.42. cum sequentib. tit.6. lib.9.* Y en la de Castilla lo previno, para el Consulado de Burgos, *la l.1. cum cap.2. y la l.2. tit.13. lib.3. recop.* Porque teniendo, sin embargo desta forma de proceder, jurisdicion ordinaria para el conocimiento, y determinacion; es evidente, que pueden ser recusados: *Quia qui, vel referendo, vel pronunciando potest lædere partem, potest, etiam recusari suspectus.* Segun lo dize, y funda Paciano, *d. cons.18. num.71. & d. cap.45. num.93.* Capicio Latro, *dec. 122. num.11. p.2.* y el señor Solorzano, *d. lib.4. cap.6. num.25.*

4\. Por estos fundamentos, aunque no se hallasse tocado en terminos el punto, no se pudiera juridicamente poner en question, mucho mas; porque en los Consulados de Lima, y Mexico consta poderse recusar los Juezes de apelaciones, de la propia forma, que el Prior, y Consules, como consta de la *l. 39. tit. 46. lib.9. de la recopilacion de las Indias*, y aunque en el Consulado de dicha Ciudad de Sevilla solo està prevenido en el Prior, y Consules por la *l.38. tit.6. lib.9. de dicha recopilacion*, sin comprehender al dicho Juez de Alzadas, oy està dispuesto lo mismo por vna Real cedula, y ordenanza. Y lo notô antes con Estraca y Azevedo, la Curia Philipica, *lib.2. cap.15. num.8.*

II. DVDA.

5\. EL reparo, de que se ha motivado, consiste, en que siendo necessario expresar causas, como en la recusacion del Prior, y Consules, es precisso conste ser legitimas; para que se funde justa sospecha, en la qual, como en causa vnica, y generica consiste la recusacion, *ex cap. ad hæc. 10. de rescrip. cap. ad hæc .27. de appelat. cap. causã. 17. cap. insinuante. 25. & cap. cum R. 35. de oficio jud. delegat.* Assi la Glo. *in dict. cap. 4. eodem tit. in 6.* Verbo: *causa legitima*, y Paciano, *cap.45. n.41.*

6\. Y el fundamento nace de ser materia muy peligrosa, y arresgada el litigar ante vn Juez sospechoso, y sugetarse à su juyzio, quando de su obrar se descubre su passion: *ex d. l. apertis. 14. C. de jud. cap. cũ inter. 10. de except. cap. secũdo requiris, 41. de appelat.*

&

& dict.*cap.quia suspecti*.3.*q*.5. y lo dixo el señor Rey D. Alonso en la *l*.22.*tit*.4.*p*.3. ibi: *Porque es mucho peligrosa cosa de aver ome su pleyto delante del Iuez sospechoso*, y lo exornan doctamente Giurba, *dec*.48. *num*.1. Riccio, *in prax. Archiepiscop. Neapoli, dec*. 233. *á num*.1.*p*.2. Capicio Galeota, *consult*.101. *á num*.1. *p*.2. Rodriguez, *d.cap*.10. *á num*.37. y el señor Solorzan. *dict. lib*.4. *cap*.8. *num*. 50.

7. En este supuesto no subsiste la razon de dudar, quando del modo de proceder del Juez, de que consta por los autos de la segunda instancia; se manifiesta su passiõ, y el empeño con q̃ procurò favorecer â la parte cõtraria para revocar, como revocô la sentencia del Consulado; abandonando para ello el estilo, y practica loable, que se ha observado siempre, como se dirà abaxo; causas suficientes para calificar la sospecha, y fundar su recusacion, de que es texto expreso *el cap*.2. *de apellat.in* 6. y procede aunque le huviesse favorecido en cosa muy poca, y no en materia tan grave, y con tanto empeño, segun Capicio Galeota *consult*.39 *num*.18.*p*.1. y el señor Larrea, *allegat*. 118. *num*.9.

8. Este sentir se esfuerça, de que para fundar sospecha contra el Juez; no es necessario, que las causas de que se origina sean de las expresadas en el derecho; por ser suficientes otras qualesquiera, aunque sean leves, segun el sentir de la Glo. *in d.cap.cum R*.35. *de oficio judicis, delegat.* verbo: *cũ sint*, seguida de todos, assi Veltramino, ad Greg. XV. *dec*.327. *num*. 14 D. Clemente Merlino, *dec*.561. *á num*. 7. *tom*.2. Paciano, *dict. cap*.45. *num*. 47. y el señor Larrea, *dict. allegat*.118. *num*.1. *&* 2. y en la alleg. 2. *num*.11. dixo: *quia quælibet causa, (quæ possit litigatorem suspectum reddere sufficit ad recusationem)*.

9. Luego mucho mas debe proceder en el casso presente, en que de los mismos autos consta la demasiada passion, y afecto conque el Juez de Alzadas procurô favorecer à la parte cõtraria, en perjuyzio de la justicia, que à esta assiste, conque no tiene la menor duda su recusacion, *ex d.cap*.2. *de appelat. in* 6. *& cap*.1. *de sent. & re jud. in* 6. Mastrillo, *dec*. 234. *num*. 16. Capicio Latro. *dec*.122. *nom*.10. *p*.2. y Rodriguez, *d.cap*.10. *num*.67.

10. Confirmase todo, de que aviendoles constado al Prior, y Consules la justicia desta parte, pronunciaron su sentencia á su favor, la verdad savida, y la buena feé guardada; por concurrir de mas dello, el constarles ser supuesto el trato de aparceria, que se

declarô de contrario, respecto de averse hallado presentes en la ocasion q̃ se insinua; sin embargo de lo qual el dicho Juez para ofuscar esta verdad, diô lugar, à que sin presentacion de parte, y sin noticia desta, ni darle traslado, se pusiessen con los autos vnas declaraciones falsas de cinco testigos contra la practica, y loable estilo del Consulado, y contra sus ordenanzas, y leyes: debiendo determinar el pleyto en la forma, y estado, que á el avia passado, nombrando para ello dos Mercaderes, que es la facultad, que solamente le concede la *l.42.tit.6.lib.9.de la recopilacion de las Indias.*

11. A esto no se puede dezir, que en ninguna de dichas leyes, y ordenanzas, se prohibe expresamente abrir el juyzio, en segunda, ô tercera instancia; porque abstrayendo del estilo, y costumbre, que siempre se ha observado en ello, se califica la dicha prohivicion de la forma de admitir dichas declaraciones; pues no se presentaron por la parte, como se huviera hecho, sino fuese prohibido abrir el juyzio, y se entregaron amigablemente, ô al Escrivano, ô al propio Juez, para que se pusiessen en los autos con providencia particular suya secretamente, y à sus espaldas se pronunciô de hecho la sentencia, revocando la del Consulado, de la qual forma de proceder se prueba la passion, y afecto de favorecer á la otra parte, y el que continuarà en el mismo intento para confirmar su sentencia; porque qual fue su animo en lo precedente se presume lo serà en lo subsequente, *ex l. sed Iulianus 9. §. proinde, ff. ad Macedonianum,* Mastrill. *dec.191. nu. 60. y 61.* Capicio Galeota, *consult.39. num.36.* y el señor Larrea, *d. allegat 118. num.9.*

12. Con esto concurre, que en la verdad se entregô dicha informacion al principio al Escrivano, el qual observando el estilo, y costumbre no la queria recebir, y dandole esta noticia al Juez le ordenô à voca la pusiesse con los autos, y dificultandolo todavia, le dixo al Iuez se lo mandasse por auto, y con efecto se lo mandô, y sin noticia desta parte passô à pronunciar la sentencia con sus adjuntos, y despues que en esta tercera instancia se tubo noticia dello, saliò esta parte alegando de nulidad, y pidiendo se hiziessen ciertas diligencias; y no le quiso oyr, ni admitir sus defensas, siendo en orden, à que constasse el que se avia fabricado, y dictado en la casa, y estudio del Abogado, que aconsejava à la parte contraria, y que parte de las declaraciones asta-

va

va escrita de vno de sus Passantes,ordenandolas el Abogado,suponiendose hechas ante vn Notario de Sevilla,que no es conocido.

13. Y lo que mas es,que constando todo ello por vno de los cinco testigos que se retratò por descargo de su conciencia en esta Ciudad,saviendo le avia engañado,el Alferez de la parte contraria,diziendole que no era para cosa, de que se siguiesse perjuyzio á otro; nò quiso el Juez dar despacho para que se ratificasse; y sobre la ratificacion de los demas tampoco quiso hazerles las preguntas, y repreguntas, que se presentaron para que constasse esta verdad; antes para que quedasse oculta,passò á ratificarlos llanamente, denegando assi mismo à esta parte la requisitoria,que pidiò para que la contraria declarasse sobre vnos capitulos,que se presentaron,y para vna informacion, que se ofreciò,de lo que avia passado con Joseph de Escovar, otro de dichos testigos,reconvenido en esta Ciudad; por donde se reconoceria que tambien era falso;dando por escusa dicho Juez, que no podia abrir el Juyzio; quando consta lo abriò para admitir dichas declaraciones, y ratificarlos sin las preguntas,y repreguntas,que se pidieron;en todo lo qual propalò su sentir perjudicando en ello la justicia desta parte,conque està justificada su recusacion ex Valasco.*in prax.part. cap.9.num.* 21. Giurba,*dec.*54.*num.*7.*&* 8. Marin.ad Revert. *dec.* 219. *num.* 1. y el Señor Larrea,*d.allegat.*118.*num.*5.

14. Ni en estos terminos se requiere mas prueba,que la que resulta de los mismos autos, que hazen notorio todo lo prelegado; en especial,porque no es necessario,que expresamente conste de su passion,y afecto,y el aver propalado su sentir;porque basta manifestarlo tacitamente,ò con el semblante,*ex l.observandum.* 19.*ff.de oficio. præcidis*, ò con la desigualdad,en su obrar, *ex l.vbi falsi.*22. *C. ad l. Corneliam de falsis*; no atendiendo,á las defensas desta parte,disponiendo los autos de forma,que se intrincase la justicia;faltando en todo ello à la obligacion de Juez recto, y à la forma de proceder, que encarga el Papa Inocencio 4. *in cap.*1.*de sententia,& re iudicat.in*6. ó por otras qualesquiera congeturas,que son suficientes para justificar las causas de la recusacion;como todo ello consta de Mastrillo, *d.dec.*151.*num.*54.*&* 55. Giurv.*d.dec.*54.*num.*3. ibi: *Imo si non expresim declararet, sed inditium aliquod exhibuiset,quo ánimi sui motus detegeretur,poßet,vt suspectus recusari*,y el señor Larrea,*dec.*48.*num.*4.y 5.*&* *d.allegat.*118. *num.*9.

15. Vltimamente,quando no concurriessen tantas, y tan grandes circunstancias,que califican la sospecha desta parte; y que prueban cõ evidencia el animo del Juez en fomentar la injusta pretension de la

con-

contraria por los empeños, cō que se hallava; solo con aver revocado la sentencia justa del Consulado, era suficiente fundamento para recusarle: porque no se puede presumir la mudança de la opinion, que vna vez siguiò, y dictamen, que hizo; con tantos empeños, *ex l. nam ad ea.* 88. *ff. de condic. & demonstrat.* in cassu Mastrillo, *d. dec.* 131. *à num.* 60. el Señor Larrea, *d. allegat.* 118. *num.* 9. Y el Señor Solorçano. *en la politica Indiana libro* 5, *cap.* 5. *pag.* 789. *vers. pero yo:* que dize assi: *Y aunque á los Juezes superiores no les impide, que juzguen en la revista, el aver declarado sus votos en la sentencia de vista; en los que juzgaron, como inferiores, corre diversa razon, &c.*

III. DVDA.

16. AUnque atendiendo à las disposiciones del derecho comun, civil, y Canonico, y del derecho real, podia correr sin question el reparo desta duda; por ser lo comun, el que la recusacion se debe hazer ante el propio Juez recusado, *ex d. l. appertissimé.* 14. *C. de iud. d. cap. secūdo. requiris.* 51. §. 1. Gloss. Verbo *coram. & cap. cum speciali,* 61. §, 1. *de appelat. & Glos. in cap.* 2. *eodem tit. in* 6. verbo *judicem:* en el Consulado no tiene lugar esta regla, respecto, de que por dicha ordenanza, y Real cedula librada por su Magestad el año passado de 1631. sobre esta misma duda, se mandò, que la recusacion del Juez de Alzadas, se hiziesse, y passasse su conocimiento ante el señor Presidente, que lo fuesse de la Casa de la Contratacion de las Indias; quien conociesse si las causas eran suficientes, y assi pertenece à V. S. y aviendo ley expressa, como lo es dicha ordenanza, cessa la duda deste punto; como en casso semejante lo discurriò Rodriguez, *d. cap.* 10. *num.* 47.

17. De todo lo fundado en los tres dubios deste papel se infiere con evidencia juridica ser las causas expressadas legitimas, y suficientes para fundar la sospecha, que ha tenido esta parte; y consiguientemente deberse declarar por tales; para que admitida la recusacion quede removido el dicho Juez del conocimiento deste pleyto: Consultando, si pareciere necessario, por ser punto de derecho; con el Abogado de ciencia, y conciencia, que à V. S. pareciere, como se previene en la *l.* 44. *tit.* 6. *lib.* 9. *de la recopilacion de las Indias:* para que desta forma se assegure en lo principal la notoria justicia, que assiste á esta parte; contra la qual parece se conjurò el dicho Juez por los intereses, y empeños poderosos, à que ha ocurrido la parte contraria, que sin entrar en la inquisicion dellos, no dexarân de ser notorios à V. S. en todo lo qual ha faltado, y sus Familiares adjuntos à su conciencia, à la verdad, y buena feé, que se les encarga por las leyes de dicha recopilacion, y á la justicia

cia clara desta parte por las razones siguientes.

18. La primera: porque si su sentencia la fundáron, en la falsa informacion, à que se diò entrada en la segunda instancia contra el estilo, y practica loable del Consulado; no por esto dexô de ser injusta, é iniqua, aunque los cinco testigos de dicha informacion depusiessen individualmente el trato de compañia, que en la verdad no lo declaran, ni lo supieron, ni pudieron saver; y assi debiendose juzgar en el Consulado la verdad savida, y la buena fee guardada; se debiera sin embargo confirmar la sentencia del Prior, y Consules.

19. La razon es evidente; porque quando con efecto se huviesse celebrado el trato de compañia, solo de las vtilidades de ida, y buelta del Navio Santo Tomas de Villanueva; no pudiera subsistir segun la verdad, â que se debe estar, no aviendo puesto la parte contraria en el viage de dicho Navio trabajo, ni industria, ni menos contribuydo cãtidad alguna para su avio, y rancho, y seria querer sin riesgo alguno, corriendolo en todo ello D. Juã percevir la contraria la mitad de las vtilidades del trabaxo, industria, y capital gastado en el rancho contra la essencia de la compañia, como en terminos se prueba, *ex l. cum duobus. 52. §. quidã Sagariam. ff. pro socio*, Burat. *dec.* 234. *n.* 1. *p.* 1. Graciano, *cap.* 768. *num.* 30. *tom.* 4. Morquecho, *de divitione bonorum, lib.* 2. *cap.* 5. *nu.* 6 y el Señor Larrea, *allegat.* 33. *num.* 18.

20. Fundase esta resolucion; en que el trato de compañia requiere igualdad, y equidad en summo grado; de forma, que lo que se ajustare, y conviniere en contrario, serà nulo, como cosa ilicita, é iniqua á que el derecho llama compañia leonica; por ser de los aprovechamientos de ageno trabaxo, industria, y gastos, sin poner la otra parte cosa alguna, como consta, *ex l. si non fuerint* 29. §. *Aristo. ff. pro sotio*, & *l.* 4. *tit.* 10. *p.* 5. Greg. XV. *dec.* 308. *à num.* 3 Graciano, *d. cap.* 768. *à num.* 5. & 15. *cum sequentibus*. Morquech. *lib.* 2. *cap.* 3. *à num.* 3. Matienç. *in l.* 2. *tit.* 9. *lib.* 5. *recop. Glos.* 1. *num.* 16. El señor Larrea, *d. allegat.* 33. *num.* 11. y Ayllon en Gomez. *lib.* 2. *var. cap.* 5. *num.* 6. que dize con muchos: *Quando vnus ex socijs ponit capitale, alius vero industriam, & laborem; tunc valet pactum, quod lucrum æqualiter dividatur.*

21. La segunda; porque ajustado, que la compañia, no puede admitirse en las conveniencias de dicho Navio, aunque se huviesse probado; resulta el ser nula, injusta, è iniqua la sentencia, que revocô la del Consulado; sin que se pueda justificar con el pretexto de comprehender en ella las vtilidades de la buelta de viage; assi por militar la propria nulidad; como porque por el propio casso se haze mas injusta,

pues

pues la compañia quedô extinguida, aviendo muerto el Capitan D. Juan de Duo en la Vera-Cruz, *ex l. adeò. 59. l. verum. 63. §. fin. & l. actionem. 65. §. morte. ff. pro soscio. §. solvitur. instituta, eodem tit. & l. 10. tit. 10. p. 5.* Matienço. *in d. l. 2. tit. 9. Gloss. 1. num. 15.* Morquech. *d. lib. 2. cap. 1. à num. 4.* Patet Castro Palao. *p. 7. de iust. & iur. tract. 32. disput. 8. punto 11. num. 7.* Capicio Latro. *dec. 10. á num. 13. p. 1. & dec. 189. à num. 17. p. 2.* y el señor Olea. *de ses. iurium. tit. 3. q. 5. n. 5.*

22. Lo mismo se confirma con el pretexto malicioso de aver dado à entender el dicho Juez ser muy perjudicial la informacion de los cinco testigos hecha en Sevilla; porque en casso que dixeran, que la compañia se capitulô solamente de las vtilidades de ida, y buelta del Navio Santo Thomàs de Villanueba serian, como son falsos, y sin concordia, porque serian contrario â lo pedido, y declarado por la misma parte: Y si digeran que se comprehendieron los provechos de ambos navios, seria, como es contraria la sentencia â la verdad del hecho de los autos, y por ello injusta, y nula; mucho mas estendiendose á las vtilidades de la buelta, muerto yâ D. Juan; como en ambos cassos lo fundò. Graciano. *cap. 424. à num. 9. tòm. 4.* donde al num. 19. dize: *Quando soscietas celebratur propter operam aliquam ponendã nihil potest peti communicari ab eo, qui operam non posuic; vnde idem erit si dececerit, cum post moreem non possitoperari.*

23. Lo tercero, porque regulandose la compañia, segun la industria, y gastos de los rachos para la navegacion de dichos Vaxeles en lugar de los capitales; le era preciso al Juez determinar de forma, que su sentencia se arreglasse en la division de los aprovechamientos à la industria, trabajo; y gastos de cada compañero, y la razon es; porque de lo contrario no se guardaria equidad, ni igualdad, en que consiste el oficio del Juez, *ex l. plane. 41. ff. de pet. hereditatis, & cap. 1. de ofic. jud.* y faltaria á la essencia del contrato, el qual seria ilicito, *ex l. si non fuerint. 29. §. 1. l. quid enim. 82. & l. in proposita. 79. ff. pro socio.* De q̃ resultaria notoria iniquidad por darle à la parte contraria la mitad de las vtilidades del Navio S. Thomas de Villanueda, en que no puso industria, trabaxo, ni costo alguno, contra lo dispuesto en la *l. 7. tit. 10. p. 5.* Cyriaco. *controv. 465. á uum. 10. & 13.* Matien. *in l. 3. tit. 9. lib. 5. recop. Gloss. 1. num. 2.* Y Morquecho. *d. lib. 2. cap. 3. num. 19.*

24. Esto mismo procediera, aunque dicho Juez se huviera arreglado á los provechos de ambos Navios; Porque en los de la buelta del viage, yá està fundado ser injusta, y contra derecho; y en los de la ida,

no

no aviendo, como no ay prueba alguna de igual trabaxo, è industria, ni de los costos del rancho; era precisso confirmar la sentencia del Consulado, que absolviò à esta parte; porque no constando la igualdad de los Capitales, no se puede en justicia partir igualmente, de que es texto expresso, *la l. si societate. 6. l. si non fuerint. 29. & l. quid enim 81. ff. pro socio.* Conque concuerdan *la l. 4. & l. 5. tit. 10. p. 5. vbi Gloss.* 3. Menochio. *consf. 121. á num. 16. ad 30. lib. 2.* Greg. XV. *dec. 502. á num. 7* Gregorio Lopez. *in l. 3. tit. 10. d. cap. 5. Gloss. 7.* Grat. *cap. 622. á num. 1. tom. 4.* y Morquecho, *dic. cap. 3. num. 14.*

25. La propia resolucion procede en quanto à los costos de los ranchos; porque dellos dependia el fructificar la industria del viage, y la participacion de las vtilidades; como se prueba de la *l. cum duobus. 52. §. quidam sagariam. l. si fratres. 53. §. fin. ff. pro socio, l. si merces. 28. §. vis maior. ff. locat.* Y la razon es; porque sin contribucion igual en los gastos, no puede aver igual ganancia, *ex l. 3. ff. in rem* verso. Y lo dispone assi *la l. 16. tit. 10. p. 5.* y la *l. 3. tit. 9. lib. 5. recop.* y alli Matienzo. *Glo. 7. num. 1.* Gam. *dec. 110. num. 29. & dec. 253.* y Morquech. *dec. 62. cap. 2. á num. 33. & 35.*

26. Destas resoluciones se infiere legitimamente, que no puede la parte contraria obtener en justicia, lo que falsamente pretende, siendo contra la essencia de la compañia, y que assi no pudo el dicho Juez con sus adjuntos revocar, como revocô injustamente la sentencia del Consulado; porque sobre ser falso el hecho, que se supuso del contrato de compañia, segun su declaracion, se halla convencido, como se verà abaxo, y assi mismo sin la prueba, que le incumbe del fundamento de su intencion, por lo qual debe ser absuelta esta parte, como lo fue por el Prior, y consules. *ex l. verius. 21. ff. de provat. l. actor. 23. & l. fin. C. eodem, & l. fin. C. de re iudicat. inre* Burat. *dec. 161. num. 6. p. 2.* y en general, Pasian. *d. lib. 1. cap. 47. á num. 7. & cap. 51. num. 29.*

27. Que no aya probado la parte contraria el contrato de compañia, que supone; que es la vltima razon deste papel (segun lo qual no solo queda excluido por la propia naturaleza del contrato, aunque se huviesse probado, conforme â las tres razones precedentes) sino tambien por el defecto de la prueba; consta de que tiene alegado, y declarado, que este trato lo ajustô con Don Juan en la camara alta del Navio S. Diego de Alcalà en la ocasion, q se le entregò el Navio S. Tomàs de Villanueba, y que passò en presencia del señor Presidente, que entonces lo era el señor Don Pedro de Oreytia, y del señor Veedor General D. Xayme Aleman, estando solos, que son los que cita, y los

que

que lo debian saver, en lo qual se halla convencido por los mismos Autos.

28. Lo vno: porque examinado el señor Veedor General declarò en este punto, que era incierto, y que no avia passado tal en dicha ocasion, y sitio, en que se hallô con dicho señor Don Pedro de Oreytia, quien huviera declarado lo propio à no estar ausente, y aunque por quedar vnico el señor Veedor General, se podrà responder con la *l. iuris iurãdi. 9. C. de testib.* se satisface, conque se citò en la Vera-Cruz à Gabriel Antonio, y se alegò, que tambien se avia hallado presente en dicha ocasion; y examinado de su pedimento, dixo no aver passado tal cosa, concordando con dicho Veedor General, y assi no le tocando à esta parte la prueba de la negativa. *ex l. frustra. 8. cum. l actor. 23. C. de probat. & l. asseverat.* 10. *C. de non. numer. pecun.* se halla con la de dos testigos que la hazen plena, *ex l. vbi numerus. 12. C. de testib. cap. 4. cap. licet. 23. extra eodem.* Los quales por ser de negativa coartada à lugar, tiempo, y personas prueban lo mismo, que los de afirmativa, *ex l. optimam. 14. C. de contrahen. stipulat. & cap. ex tenore. 35. de testib.* assi con muchos Paciano. *lib. 1. cap. 50. á num.* 34.

29. Lo otro, porque se esfuerça lo prealegado, de que viendose convencido; alegò, que Antonio de Zintra Escrivano ante quien empezò este pleyto en la Vera-Cruz; daria testimonio, de como el dicho Gabriel Antonio avia manifestado en su presencia, que savia el dicho trato por averse hallado presente en la propia ocasion; pero que no lo podia declarar por averle amenazado , que le darian de puñaladas; y aviendosele mandado à dicho Escrivano diesse el testimonio, que se pedia sobre lo referido; lo diô de no ser assi, lo que de contrario se dezia; como de dicho testimonio consta, de que se prueba el mendacio, y ser falso todo lo que ha referido en el hecho para la suposicion de la compañia, à que no se puede oponer, ni probar otra cosa, *ex l. generaliter. 13. C. de non numerat. pecun. & l. si quis. 16. C. de testib.*

30. Lo otro, porque concurre el ser inverosimil, que Don Juan de Duo formasse con la parte contraria la compañia, que se supone, entrando en el dicho Navio S. Tomas de Villanueba con mayor puesto à governarle de vize Almirante en execucion del orden de su Mag. y consiguientemente con mejores inteligencias, è industria, y con mas medios para su avio por razon del caudal de su muger; que no la parte contraria, que iva solo de Capitan en S. Diego de Alcalà, y que no los tenia para costear su rancho, como costeô D. Juan el de su navio, en que gastô mas de ocho mil pesos de su muger, de que constarà siem

pre

pre que convenga,como en igual casso lo fundô *Burat.dec.159.n.9p.1.*

31. Por esta razon siendo tan evidente la desigualdad no pudo aver causa legitima,que motivasse à formar dicha compañia, ni podia ser licita,como se ha fundado arriba;en especial resultando en perjuyzio de dicha su muger,que tenia fundado su derecho à las vtilidades de dicho navio por razon de dichos gastos, *ex d.l.3.tit.9.lib.5.recop.* y alli Azevedo,*á num.13.* y Matienzo. *Glos.6.num.5.* y Morquecho, *dic.lib. 2.cap.11.num.9.*

32. Lo otro, porque tambien se haze inverosimil,de que aviendosele pedido á la parte contraria bolviesse los dos mil pesos,que avia recebido,de orden del señor Virrey,antes de aver venido el despacho de su Magestad,respondiò,que no tenia de que satisfacerlos por aver gastado mucha parte en vestidos, y en otras cosas de su familia por hallarse pobre; por lo qual entregò solamente 200. doblones, y pidiò se le reciviessen à quenta algunas cosas,que avia comprado para disponer el rancho de dicho Navio,de que diò memoria, y se le abonaron por los mismos precios,que en ella puso; y restó debiendo 885. pesos, que se obligò de pagar â D. Juan en la Vera-Cruz, lo qual no huviera passado assi;si se huviesse formado dicha compañia, por ser actos contrarios,*in casu.* Burat. *dec.79. à num.1.*

33. Lo otro: tambien se haze in verosimil,porque estando D. Juan moribundo en la Vera-Cruz aviendole propuesto el Rector de la Compañia de Jesvs,lo que se le avia informado,para que hiziesse memoria de dicho contrato, respondiô estas formales palabras. *Padre por el passo,en que estoy,y estrecha cuenta,que voy á dar á Dios, que no huvo tal contrato, antes me debe esse hombre ochocientos y ochenta y cinco pesos, y assi mando se cobren*; Y aunque estas declaraciones en el articulo de la muerte no prueban en perjuyzio de tercero, *ex l.qui testam. 27.ff.de probat.& l.rationes.6. C.eodem*,esto se entiende, por si solas,pero concordando con lo primordial de la verdad,que declaran los proprios testigos citados de contrario, conque se convence de falso el hecho,que se propuso,es cierto que se debe atender dicha manifestaciō: assi por no presumirse,se olvidô de la salvacion,*ex l.fin.§.& licet.C.ad leg.iuliam. repetund.& cap.sancimus.26.§.& licet.1.q.7.* como por la assistencia de todo ello,*ex l.cum filius.76.§.Hæres meus. ff.de legat.2.* assi el señor Vela,*diss. 38. à num. 35.tom. 2.*

34. Lo otro porque: en la verdad no se halla la parte contraria con probanza,que se pueda preferir à la prealegada ; porque los testegos de la informacion, que se hizo en esta Ciudad con el pretexto de las

censuras, que se sacaron afectadamente, no se pueden atender, por cōponerse de personas de su casa, y familia, y de sus deudos, que no podia ignorar, si lo savian, ô no, *ex l. pen. ff. de testib. l. 3. & l. eos 5. C. eodē. cap. 1 cap. si minor. 10. 3. q. 5. & cap. absens. 18. 3. q. 9.* Y porque deponen de oydas à la parte contraria, y assi no prueban; porque la copia no haze mas feé, que el original, como con el *cap. licet ex quadam. 47. de testib. & cap. 4. de Haeret.* lo funda Pacian. *d. lib. 1. cap. 9. num. 24.* Posth. *Res. 66. à num. 5. & 6.*

35. Lo otro: porque tampoco son dignos de atencion los testigos de la informacion hecha en Sevilla cō el propio pretexto, por constar de lo notado arriba en el num. 12. y 13. averse fabricado falsamente, y solo con quedar sospechosos, era suficiente para ser excluydos, y que no hiziessen feè en lo que declararon, *ex l. 1. cum seq. & l. ob carmem. 21. §. fin. ff. de test. cap. ex parte 7. Extra eodem. cap. 3. cum seqq. & cap. acusatores 12. cum seqq. in 3. q. 5.* Mucho mas siendo todos de baxa esfera, y que padecen las tachas de fugitivos, y demàs expressadas en la certificacion de los oficios presentada; conque no prueban, especialmente siendo de oydas extrajudiciales, en que siempre son sospechosos; Segun. Posth. *Res. 66. num.* 7. que dize; *probatio per testes de auditu dicitur fragilis, suspecta, & prosternibilis; cum facilime possint inveniri, qui dicant, se ab aliquo dici audivisse.*

36. Lo otro: porque las oydas extrajudiciales, á que se reducen, no expressan, que Don Juan confessasse, aver formado con la contraria el contrato de compañia, que supuso; ni en que tiempo, ni lugar, ni de que forma, ni conque condiciones; porque lo que declaran son cosas confusas, hablando Don Juan por acasso â otro intento sin expressar tal contrato, y sin estar presente la parte; conque no prueban segun el. *cap. fin. de succ. ab intest.* Ni fueron rogados, y á esta esfera se reduce la declaracion extrajudicial de Don Juan de Alvarado; conque concurre, el que los cinco testigos padecen las tachas, que se han justificado; y era necessario que fuessen de mayor excepcion, y que constasse desta calidad, para que probassen la confession extrajudicial, como consta de Gratian. *cap. 336. á nu. 21. & 24.* y Posth. *Res. 52. á num. 5.* y Noguer. *alleg. 26. â num. 81. & 87.*

37. Lo otro, porque: es inverosimil, que Don Juan en salud, y sin riesgo de la vida confessasse el dicho contrato, y que en el articulo de su muerte con el riesgo de su salvacion lo negasse, faltando à su conciencia, siendo reconvenido sobre dicha compañia: á que se llega estar convencida la parte contraria de falsedad diferentes vezes en lo q̄

decla

declarò, y alegô en la Vera Cruz, como consta de las deposiciones del señor Veedor General, y de Gabriel Antonio; Y assi mismo con el testimonio, que diò Antonio de Sintria Escrivano Publico: segun se notò arriba; y assi por ningun lado ay prueba del dicho contrato; la qual avia de ser especifica, y concluyente, y que depusiessen los testigos las condiciones, y circunstancias cõque se formô, como lo prueba, Carena. *Reso.194.á num.*18.

38. Lo otro, porque: antes esta parte se halla con prueba concluyente de no aver passado tal trato, assi con los testigos citados de contrario; como con otros muchos de mayor excepcion, que son, *el Capitan Don Juan de Ojeda, y el Capitan Don Joseph Perez de la Calle, el Capitan de Cavallos Don Bernardo Iñiguez, el Capitan Francisco diaz de Agreda, el Alferez Don Manuel de Sandiel, el Licenciado D. Juan Gonzalez Cortiñas, y Pedro Chapore.* Segun lo qual causa notable admiracion; q̃ en vista de estar cõvencido de falso el trato de la compañia, que se supone, con los mismos testigos citados de contrario, y que los de las dos informaciones, no prueban cosa alguna por ser los vnos de oydas, à la parte contraria, y sus deudos, y los otros estar convencidos, como queda fundado desde el num. 35. fuesse tal la passion del dicho Juez de Alzadas, que sin embargo passasse à rebocar la sentencia del Consulado, quando la diferencia entre vnos, y otros testigos era suficiente para la prelacion de los testigos desta parte, *ex l.eos.5. C. de test.cap.in nostra.32.extra eod,* D. Clem. Merlino. *dec.295. à nu. 9.tom.*1.

39. Finalmente cessa toda la amargura que ha padecido la verdad, siendo tan clara la desta parte; con el dolo de la contraria, en aver ocultado las vtilidades, que tuvo en el viage, como es cosa publica, y notoria, en cuyos terminos, aunque no se dudasse del trato de cõpañia, que se ha supuesto, no se pudiera obtener en justicia, y fuera preciso absolver á esta parte, como se juzgò en la sentencia del Prior, y Consules, assi por el engaño de dicha ocultacion, segun la *l.5.& .l.12.tit.10. p.5.* como por no aver cumplido por su parte, faltando à la manifestaciõ de sus aprovechamientos, y querer llevar la mitad de los q̃ produxesse la industria de D. Juan sin riesgo alguno late, Grat. *cap.725. à n.*1. *&* 23. Y assi se puede esperar se determine revocando la sentencia de el dicho Juez, como injusta, y contra la verdad savida por el hecho, y la buena feè, y confirmando la del Consulado: Salvo, &c.

D.L.S.A.

Aviendo visto con todo cuydado las dificultades que se tratan en este papel
y las respuestas que a ellas se dan allamos, que estas se conforman en todo con
disposiciones de derecho, y que aviendo cedula especial en el caso de la Recusacion
se deve por ella governar su resolucion, mayormente no aviendo en el derecho
disposicion alguna en contra por ser regla general que todos los jueces pueden
ser recusados y de cuyo remedio no pueden ser privadas las partes por fundarse
en el derecho natural que se lo permite, las causas son muy bastantes y
menos fundamentos de los que se expresan en este papel se puede hazer la
legitima la recusacion, como tan doctamente se funda en este papel
que en todo nos conformamos y ansi lo sentimos salvo &c. Cadiz y febrero
27 de 169[illegible]

[signatures]
de Alcaraz
Perez
Joan Anto[nio]
de Alcaraz

Visto este Informe nel punto dela Recusassion, y el dela Compañia que en el se Refiere somos de sentir, que en quanto a la Recusassion (aunque no es de nuestra profession) esta legitimamente fundada, y en quanto al punto dela Compañia sobre que podemos decir por tocar al fuero dela conciencia, auiendo visto los fundamentos que en dho papel se Refieren, y considerados los Requisitos essenciales que este contrato pide para que sea licito; hallamos que la Compañia sobre no estar justificada segun se prueva nunca pudo ser licita, y conforme a conciencia en el casso que se Refiere, y assi lo sentimos en este Combento de San Agustin nuestro Padre de Caliz en veynte y ocho dias del mes de febrero de 1690

Mo. fr. Alonso Nieto [rubric]
Mo. fr. Roque [illegible]
fr. Andres del Molino
Lector Jubilado [rubric]
fr. Geronimo Castro Regente [rubric]

Auiendo leido este informe y los pareceres de arriba, decimos somos del mismo sentir y dictamen y lo firmamos en este Convto. de N. P. S. Domingo de Cadiz, en 7 de Marzo de 90

fr. Augustin Zeballos
[illegible] i Prior
fr. Joan Antº del Ra[illegible]
[illegible]
Mro. fr. [illegible] del Castillo
[illegible]
fr. Pedro Moreno
[illegible] de Prima
fr. Joseph de Figueroa
[illegible]
fr. [illegible] Alonso
[illegible] de [illegible]
fr. Juan de las [illegible]
[illegible]